Concurrence et offre anormalement basse : CE, 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur c. Société Artéis, req. n°366606

Catherine Prebissy-Schnall

▶ **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. Concurrence et offre anormalement basse : CE, 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur c. Société Artéis, req. n°366606. Contrats Concurrence Consommation, 2013, 190. hal-01812423

HAL Id: hal-01812423
https://hal.parisnanterre.fr/hal-01812423

Submitted on 30 Aug 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Concurrence et offre anormalement basse : CE, 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur c. Société Artéis, req. n°366606 », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 190, août-septembre 2013.

Catherine Prebissy-Schnall

Pour considérer une offre comme anormalement basse, il ne faut pas se contenter du seul écart de prix entre les offres mais également rechercher si le prix en cause n'est pas en lui même manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché.

CE, 29 mai 2013, req. n° 366606 , Ministre de l'Intérieur c/ Sté Artéis : Rec. CE 2013, Tables

Note :

Le ministre de l'intérieur a lancé une procédure d'appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché de maintenance multiservices et multitechniques pour les centres de rétention du Mesnil Amelot n° 2 et n° 3. Le marché public, divisé en deux lots, avait pour objet pour le lot n° 1 différentes prestations de services, comme l'hygiène et la propreté ou le couchage et le blanchissage, et, pour le lot n° 2, différentes prestations techniques relatives au chauffage, à l'électricité ou à la plomberie faisant appel à divers corps d'états. L'article 1er du règlement de la consultation précisait que le dossier de consultation comportait des pièces propres à chaque lot ainsi que des pièces communes aux deux lots, au nombre desquelles, le cahier des clauses techniques particulières « dispositions communes ».

La société Artéis, titulaire des deux lots du précédent marché, a été informée que son offre pour le lot n° 1 n'avait pas été retenue, que l'offre qu'elle avait présentée pour le lot n° 2 avait été déclarée irrégulière et que ces lots avaient été attribués respectivement à la société Gepsa et à la société Ineo. Estimant que le pouvoir adjudicateur avait commis une erreur manifeste dans l'appréciation de la qualité respective des offres des deux sociétés concurrentes pour le lot n° 1, du fait du caractère anormalement bas de l'offre de la société Gepsa, attributaire de ce lot, la société Artéis a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Versailles sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. Par une ordonnance du 26 février 2013, le juge des référés a fait droit à cette demande et a suspendu la procédure de passation du marché. Saisi d'un pourvoi contre cette ordonnance de référé, le Conseil d'État annule celle-ci et saisit l'occasion de préciser le traitement par le juge de l'offre anormalement basse (OAB). Le moyen tiré du caractère anormalement bas de l'offre peut être établi devant le juge des référés car le fait de retenir une offre qui n'est pas économiquement viable constitue une atteinte au principe d'égalité des candidats à l'attribution du marché et donc un manquement aux obligations de mise en concurrence (**A)**. Pour identifier les offres anormales, le Conseil d'État considère qu'il ne faut pas se fonder sur le seul écart de prix avec l'offre concurrente mais rechercher si le prix en cause est en lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché. La méthode d'analyse proposée insiste moins sur le caractère concurrentiel de l'offre et s'attache davantage aux conséquences de l'OAB au stade de l'exécution de la prestation (**B)**.

A. – Le manquement aux obligations de mise en concurrence de l'OAB

Alors même que la notion d'OAB est spécifique aux marchés publics, ni le code des marchés publics ni les directives communautaires n'apportent de définition précise de l'OAB. Selon la circulaire du 14 février 2012 relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, une offre peut être qualifiée d'anormalement basse si son prix ne correspond pas à une réalité économique. Le recours à l'analyse économique permet ainsi de contribuer à définir l'OAB et de poser la nécessité d'éliminer une telle offre si les justifications fournies par le candidat ne permettent pas d'établir sa viabilité économique. En effet, aux termes de l'article 55 du code des marchés publics, « si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies. Pour les marchés passés selon une procédure formalisée par les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, à l'exception des établissements publics sociaux ou médico-sociaux, c'est la commission d'appel d'offres qui rejette par décision motivée les offres dont le caractère anormalement bas est établi. [...] ». Il s'agit là d'une procédure écrite et contradictoire permettant au pouvoir adjudicateur d'adresser au candidat la liste des incohérences constatées ainsi qu'une demande de justificatifs concernant, par exemple, les conditions favorables dont dispose le candidat pour réaliser les prestations, les modalités de la prestation des services, l'originalité de l'offre etc. *(TA Lyon, 26 mars 2010, Sté Chenil Service, n° 10012936. – TA Lyon, 18 mai 2009, Soté Albertazzi, n° 0902595. – TA Lyon, 10 janv. 2011, RDS c/Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole, n° 1007517).* Le rejet d'une offre en l'absence de demande écrite au candidat est de nature à entacher d'illégalité la procédure de passation du marché *(CE, 5 mars 1999, n° 163328, Président de l'Assemblée nationale. – CJUE, 29 mars 2012, C-599/10, SAG ELV Slovensko).* Une telle obligation de détection des offres anormalement basses a également été posée par la jurisprudence européenne qui décompose son raisonnement en quatre temps pour identifier les offres anormales : détection ; demande des justifications par écrit ; appréciation de la pertinence des explications fournies ; décision de rejet de l'offre qui doit être motivée ou décision d'admission de l'offre (CJCE, 27 nov. 2001, aff. C-285/99, Impresa Lombardini. – C*JCE, 15 mai 2008*, aff. C-147/06 et C-148/06, *SECAP* c/ *Comune di Torino).* Le pouvoir adjudicateur a ainsi la responsabilité de « bien acheter » en application de l'objectif d'efficacité de la commande publique et quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre : si les justifications fournies par le candidat ne permettent pas d'établir la viabilité économique de l'offre paraissant manifestement anormalement basse, l'acheteur public doit éliminer ladite offre sauf à porter atteinte au principe d'égalité des candidats dans les marchés publics *(TA Lille, 25 janv. 2011, req. n° 0800408, Sté Nouvelle SAEE).* En effet, le fait de ne pas écarter une OAB constitue un manquement aux obligations de mise en concurrence entrant dans le champ de compétence du juge des référés précontractuels. Le juge exerce sur la décision de retenir ou d'écarter une OAB un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation *(CE, 23 janv. 2003, n° 208096, Dpt d'Ille-et-Vilaine. – CE, 1er mars 2012, n° 354159, Dpt de la Corse du Sud).* Il est néanmoins important de souligner qu'un recours devant le juge administratif au soutien duquel serait invoquée une erreur manifeste d'appréciation de l'offre anormalement basse n'est pas certain de prospérer car il s'agit là d'un des moyens les plus difficiles à établir devant le juge du référé précontractuel : si l'exploitation du rapport d'analyse des offres peut en effet permettre d'apporter des indices sur l'anormalité d'une offre, faut-il encore que le pouvoir adjudicateur accepte de communiquer ce document qui contient des informations sensibles liées aux secrets des affaires des candidats concurrents. La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) estime qu'une fois le marché signé, les documents composant la procédure de passation perdent leur caractère préparatoire au sens des dispositions de l'article 2 de la loi du 17 juillet 1978. Autrement dit le droit d'accès au rapport d'analyse des offres pour un candidat évincé ne peut s'exercer qu'après l'attribution du marché et dans le respect des secrets des procédés, des

stratégies commerciales et des informations économiques et financières (fiche technique de la DAJ du 28 février 2013 sur la communication des documents administratifs en matière de commande publique). L'appréciation du caractère communicable ou non du document s'apprécie au cas par cas en fonction de l'objet du marché, de sa durée, du mode de passation etc. A titre d'exemple, le détail de l'offre du prix de l'entreprise attributaire est communicable dans le cas d'un marché ponctuel car il reflète le coût du service (CADA conseil n° 20064849 du 9 novembre 2006 Maire de Pontarlier) et ne l'est pas pour un marché répétitif car il serait alors susceptible de nuire au libre de jeu de la concurrence.

Si la viabilité de l'offre n'est pas assurée, elle empêche la bonne exécution du contrat.

B. – L'OAB est l'offre anticoncurrentielle qui compromet la bonne exécution des prestations

En l'espèce, le Conseil d'État précise la méthode à employer pour détecter une OAB et estime qu'une offre doit être jugée anormalement basse en elle-même et non en comparaison avec l'offre d'un concurrent. Le juge du référé précontractuel de Versailles avait ordonné la suspension de la procédure de mise en concurrence au motif qu'en attribuant le marché au candidat ayant proposé une offre dont le prix était inférieur de plus de la moitié du prix proposé par le requérant, le pouvoir adjudicateur avait commis nécessairement une erreur manifeste d'appréciation. Or le Conseil d'État estime que l'écart de prix ne suffit pas à détecter une OAB et que l'examen doit porter sur l'incohérence du prix en lui-même qui est de nature à compromettre la bonne exécution du marché (avenants coûteux ; défaillance possible du titulaire et obligation de rouvrir la commande publique avec un coût final de la prestation plus élevé). La vérification de la qualité de l'offre et notamment de la sincérité du prix est ainsi étroitement liée aux obligations propres à l'exécution du marché et à la nature des prestations exigées.

Pour cerner la qualification d'OAB, le pouvoir adjudicateur sous le contrôle du juge administratif doit donc faire appel à un faisceau d'indices comme la prise en compte de la qualité, du prix de l'offre, la comparaison avec les autres offres, la comparaison avec l'estimation du pouvoir adjudicateur, les obligations qui s'imposent aux soumissionnaires. Il ne peut pas recourir à des critères pré-définis *(Quest. écrite J.-L. Masson n° 01596 (Sénat) – Réponse publiée le 4 octobre 2012)* et ne peut pas se contenter de la seule différence de prix entre les offres. Ces écarts de prix peuvent aller du simple au quadruple sans forcément faire apparaitre des OAB puisque le moins-disant ne traite jamais à équivalence de prestations. Par ailleurs, les exigences concurrentielles qui pèsent sur les marchés publics obligent les opérateurs économiques à proposer le prix le plus bas pour obtenir le marché. L'endettement public, la difficulté d'apprécier la dimension qualitative d'une offre favorisent cette course au moins-disant. Or, l'offre peut être très basse sans que cela soit anormal ou au contraire provenir d'entreprise fragile, prête à tout. Le dumping pratiqué par certains candidats s'opère au mépris de la qualité des prestations et donne naissance à des externalités négatives c'est-à-dire des préjudices qui ne sont pas causés aux seuls contractants mais aussi à des tiers ou à l'ensemble de la société *(Rapp. OCDE, Competitive Restrictions in Legal Professions : juin 2007, p. 79).*

La solution proposée est alors de prendre en compte dans le prix des offres la part de qualité qu'elles contiennent, de manière à les rendre comparables. Le guide « Le prix dans les marchés publics » de la DAJ publié en mars 2013 explique, dans son paragraphe 5.2.3.4, comment comparer les offres en transformant les prix en des prix pondérés, c'est-à-dire

intégrant le niveau de qualité. L'offre économiquement la plus avantageuse est alors celle présentant le plus bas prix pondéré. En mettant ainsi l'accent sur l'impact de l'OAB sur la bonne exécution du marché, le Conseil d'État semble partager cette analyse qui révèle les limites de la méthode de détection de l'OAB focalisée sur le seul écart de prix. L'accord intervenu le 26 juin entre le Conseil et le parlement européen sur les nouvelles directives marchés publics à venir insiste sur la prise en comte de l'offre économiquement la plus avantageuse et sur l'obligation pour l'acheteur public d'acheter un résultat c'est-à-dire de choisir le produit ou le service qui offre non pas le meilleur prix mais le meilleur rapport qualité-prix. Les acheteurs publics auront ainsi le devoir de détecter les OAB, et surtout le devoir de les rejeter si elles s'avèrent effectivement anormalement basses après demande d'explications aux candidats.

Mots clés : Concurrence. - Offre anormalement basse. - Concurrence loyale. - Référé précontractuel